



*COORDENAÇÃO GERAL*

Celso Fernandes Campilongo

Alvaro de Azevedo Gonzaga

André Luiz Freire

# ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP

---

**TOMO 8**

## **DIREITO PENAL**

*COORDENAÇÃO DO TOMO 8*

Christiano Jorge Santos

PUCSP

São Paulo

2020

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUC-SP  
DIREITO PENAL

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP | ISBN 978-85-60453-35-1

<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA**  
**DE SÃO PAULO**  
FACULDADE DE DIREITO

DIRETOR  
*Pedro Paulo Teixeira Manus*  
DIRETOR ADJUNTO  
*Vidal Serrano Nunes Júnior*

CONSELHO EDITORIAL

Celso Antônio Bandeira de Mello  
Elizabeth Nazar Carrazza  
Fábio Ulhoa Coelho  
Fernando Menezes de Almeida  
Guilherme Nucci  
José Manoel de Arruda Alvim  
Luiz Alberto David Araújo  
Luiz Edson Fachin  
Marco Antonio Marques da Silva  
Maria Helena Diniz

Nelson Nery Júnior  
Oswaldo Duek Marques  
Paulo de Barros Carvalho  
Raffaele De Giorgi  
Ronaldo Porto Macedo Júnior  
Roque Antonio Carrazza  
Rosa Maria de Andrade Nery  
Rui da Cunha Martins  
Tercio Sampaio Ferraz Junior  
Teresa Celina de Arruda Alvim  
Wagner Balera

**TOMO DE DIREITO PENAL | ISBN 978-65-990464-3-8**

*A Enciclopédia Jurídica é editada pela PUCSP*

Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo VIII (recurso eletrônico)  
: direito penal / coord. Christiano Jorge Santos - São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2020  
Recurso eletrônico World Wide Web  
Bibliografia.  
O Projeto Enciclopédia Jurídica da PUCSP propõe a elaboração de dez tomos.

1. Direito - Enciclopédia. I. Campilongo, Celso Fernandes. II. Gonzaga, Alvaro. III. Freire, André Luiz. IV. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

## FURTO

*Everton Luiz Zanella*

### *INTRODUÇÃO*

O crime de furto está tipificado no art. 155 do Código Penal, com a seguinte redação: “subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel – pena: reclusão de 1 a 4 anos, e multa” (*caput*).

O bem jurídico protegido é o patrimônio, incluindo-se a propriedade e a posse legítima de coisa alheia móvel.

Abordaremos, na sequência, as disposições gerais do crime de furto, a causa de aumento do repouso noturno, suas formas privilegiada e qualificada, bem como outras questões relevantes e os aspectos mais polêmicos.

### *SUMÁRIO*

Introdução.....	2
1. Disposições gerais.....	3
1.1. Elementos do tipo penal.....	3
1.2. Sujeitos do delito.....	4
1.3. Consumação e tentativa. Distinção para o crime impossível.....	5
1.4. Furto de uso.....	8
2. Causa de aumento de pena (repouso noturno).....	9
3. Furto privilegiado.....	11
3.1. Requisitos e efeitos.....	12
3.2. Furto privilegiado-qualificado. Possibilidade?.....	13
3.3. Outras questões relativas à figura do furto privilegiado.....	14
4. Furto de energia.....	15

5.	Furto qualificado .....	17
5.1.	Destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa (art. 155, § 4º, I, do Código Penal).....	17
5.2.	Abuso de confiança (art. 155, § 4º, II, 1ª figura, do Código Penal).....	21
5.3.	Fraude (art. 155, § 4º, II, 2ª figura, do Código Penal).....	22
5.4.	Escalada (art. 155, § 4º, II, 3ª figura, do Código Penal).....	23
5.5.	Destreza (art. 155, § 4º, II, 4ª figura, do Código Penal).....	24
5.6.	Emprego de chave falsa (art. 155, § 4º, III, do Código Penal).....	24
5.7.	Mediante o concurso de duas ou mais pessoas (art. 155, § 4º, IV, do Código Penal).....	25
5.8.	Subtração de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior (art. 155, § 5º, do Código Penal).....	29
5.9.	Subtração de semovente domesticável de produção (art. 155, § 6º, do Código Penal).....	30
5.10.	Concurso de duas ou mais qualificadoras .....	31
	Referências .....	32

## ***1. DISPOSIÇÕES GERAIS***

### **1.1. Elementos do tipo penal**

O núcleo (ou verbo) do tipo é “subtrair”, que é o mesmo que tomar, trazer para junto de si com o fim de apoderamento definitivo.

O objeto material é a “coisa alheia móvel”, isto é, qualquer objeto que possa ser movido de um lugar para o outro (móvel) e que pertença a terceiro (alheio).<sup>1</sup> Neste

---

<sup>1</sup> A doutrina discute muito a possibilidade de o cadáver poder ser ou não considerado coisa alheia móvel. A resposta será positiva somente se for um cadáver adquirido por uma universidade de medicina para fins acadêmicos (pesquisa pelos estudantes), de forma que passaria a ter *status* de coisa alheia com valor

conceito, para fins penais, encaixam-se os semoventes (animais), observando que se eles forem domesticáveis e destinados à atividade de produção, incidirá a novel qualificadora prevista no art. 155, § 6º, acrescentada pela Lei 13.330/2016.

Destaca-se que a coisa alheia é aquela que pertence ao outro (pessoa que sobre ela exerce domínio). Não é alheia, portanto, a coisa abandonada.<sup>2</sup>

Se a coisa for comum, isto é, pertencer simultaneamente ao agente e à vítima, como ocorre nas hipóteses de condomínio, herança e sociedade, haverá crime específico, chamado de *furto de coisa comum*, tipificado no art. 156 do Código Penal, ao qual o legislador estipulou uma *pena de detenção de 6 meses a 2 anos de detenção, ou multa*.<sup>3</sup>

O destinatário da coisa subtraída pode ser o próprio agente (“para si”), ou terceira pessoa (“para outrem”), como no exemplo do agente que furta um bem e presenteia sua namorada. O essencial é haver a ideia de assenhoreamento definitivo do bem (*animus rem sibi habendi*).

O elemento subjetivo do furto é o dolo de subtração, incluindo, evidentemente, a elementar *alheia*. Por isso, se um indivíduo, num dia chuvoso, sai do trabalho levando consigo um guarda-chuvas que, devido às semelhanças, pensa ser seu, mas de fato é de outrem, não responderá pelo crime porque, ao supor ser própria a coisa, incidiu num erro sobre elementar do tipo, excludente do dolo (art. 20 do Código Penal).

À conduta do *caput* dá-se o nome de **furto simples**. Ela estará presente por exclusão, isto é, o furto somente será simples se não estiver presente nem o privilégio (§ 2º) nem ao menos um das qualificadoras (§§ 4º, 5º e 6º). A sanção penal aplicável à modalidade simples é a reclusão de 1 a 4 anos, além da multa (cumulativa).

## 1.2. Sujeitos do delito

---

econômico. Porém, se for um cadáver sepultado (o que é evidentemente a regra geral), estaremos diante do crime específico do art. 211 do Código Penal, o qual possui como bem jurídico-penal protegido o respeito aos mortos.

<sup>2</sup> Já a coisa perdida é objeto do art. 169, II, do Código Penal (apropriação de coisa achada).

<sup>3</sup> Trata-se, pois, de delito de menor potencial ofensivo, nos termos do art. 61 da Lei 9.099/1995, incidindo as benesses legais (como a transação penal) e o procedimento sumaríssimo. O furto de coisa comum ainda possui a representação da vítima como condição de procedibilidade (art. 156, § 1º) e não será punível se a coisa subtraída for fungível (exemplo: dinheiro) e seu valor não exceder à quota-parte do agente.

O furto é um crime comum, que pode ser cometido por qualquer pessoa. Devemos notar, entretanto, que se o agente for funcionário público que se valha de sua qualidade funcional para subtrair o bem ou que concorra para que terceiro assim o faça, ele estará incurso no delito tipificado no art. 312, § 1º, do Código Penal, chamado pela doutrina de “peculato-furto” ou “peculato-subtração”, ao qual a lei atribui pena de 2 a 12 anos de reclusão.

A vítima será o proprietário ou o legítimo possuidor da coisa subtraída.

### 1.3. Consumação e tentativa. Distinção para o crime impossível

O furto é um crime material, pois “o tipo descreve o comportamento e o resultado visado pelo agente, exigindo a sua produção”.<sup>4</sup> O delito somente estará consumado quando houver a subtração, a qual corresponde à efetiva diminuição patrimonial da vítima.

No tocante ao momento consumativo (ou da efetivação da subtração), temos quatro correntes:

(a) “Teoria da *concretatio*”: a consumação ocorre quando houver um simples contato entre o agente e a coisa alheia móvel, sendo irrelevante seu deslocamento.

(b) “Teoria da *amotio*” (ou “*apprehensio*”): o furto consuma-se quando a coisa subtraída sai da disponibilidade da vítima e passa para o poder do agente (inversão da posse), ainda que por um breve e curto momento, independentemente do deslocamento ou da posse tranquila da coisa.

(c) “Teoria da *ablatio*”: a consumação dá-se quando o agente, depois de apoderar-se do bem, consegue deslocá-lo de lugar, sendo prescindível a posse tranquila.

(d) “Teoria da *ilatio*”: exige-se, para a consumação, que a posse do furtador, após o deslocamento da coisa, seja absolutamente tranquila.

A “teoria da *amotio*” é majoritária na Doutrina e é adotada atualmente tanto pelo Supremo Tribunal Federal como pelo Superior Tribunal de Justiça. Vejamos:

“A decisão ora questionada está em perfeita consonância com a jurisprudência desta Corte no sentido de que a consumação do furto ocorre

---

<sup>4</sup> JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, v. 2, p. 353.

no momento da subtração, com a inversão da posse da res, independentemente, portanto, de ser pacífica e desvigiada da coisa pelo agente. Precedentes.” (Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, HC 135674/PE, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 11.10.2016).

“O crime de furto, relativamente à subtração da coisa móvel alheia, se consuma no momento em que o proprietário perde, no todo ou em parte, a possibilidade de contato material com a coisa ou de exercício da custódia dominical, não sendo necessário, pois, a posse tranquila da coisa ou que o bem saia da esfera de vigilância da vítima, ocorrendo a consumação da infração ainda que haja a retomada da res, logo em seguida, pelo próprio ofendido ou por terceiro. Precedentes.” (Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, HC 375749/SP, rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, DJe 16.12.2016).

A tentativa é perfeitamente possível. Estará configurada quando o agente, iniciada a execução da subtração, não obtém êxito na empreitada por circunstâncias alheias à sua vontade (art. 14, II, do Código Penal). Como ensina Cleber Masson, “o sujeito tinha o dolo de consumação e praticou conduta idônea a alcançar sua finalidade, mas somente não conseguiu fazê-lo por fatores externos e não desejados”.<sup>5</sup>

A tentativa difere do crime impossível, previsto no art. 17 do Código Penal: “não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumir-se o crime”. Neste caso teremos um irrelevante penal (fato atípico), já que o meio utilizado (completamente ineficaz) ou o objeto material (totalmente inidôneo, ou inexistente) não permitiriam atingir o resultado almejado pelo furtador.

Algumas situações práticas geram divergências na doutrina. Nelson Hungria traz o clássico exemplo do indivíduo que, intencionando subtrair dinheiro da vítima, coloca a mão no bolso da calça, mas encontra-o vazio. Conclui Hungria pela existência de tentativa, pois “foi meramente acidental a inexistência do dinheiro no bolso do transeunte ... foi por mero caso fortuito que deixou de ter êxito o propósito do agente.”<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado*, v. 2, p. 370.

<sup>6</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, v. 7, pp. 28-29.

No mesmo diapasão o entendimento de Heleno Cláudio Fragoso: “não haverá crime impossível, mas tentativa, se a ausência da coisa é apenas accidental e relativa, como no caso do ladrão que encontra vazio o bolso do lesado ou o cofre arrombado”.<sup>7</sup>

Damásio E. de Jesus, usando o exemplo acima, difere duas situações e suas consequências. Para o autor, haveria crime impossível se a vítima não trouxesse dinheiro no bolso, já que inexistente a coisa alheia móvel (objeto material do furto); por outro lado, se o dinheiro estava no bolso direito e o agente pôs a mão no esquerdo, haveria tentativa de furto, porque havia objeto material, mas uma circunstância fortuita, alheia à vontade do agente, impediu a consumação.<sup>8</sup>

Este mesmo raciocínio é feito por Cezar Roberto Bittencourt<sup>9</sup> e Cleber Masson.<sup>10</sup>

A ausência de sucesso na consumação do furto em razão de dispositivos antifurtos em residências (exemplo: alarme que aciona empresa de segurança) ou veículos (exemplo: trava de combustível), configura tentativa de furto, e não crime impossível, já que a impropriedade do objeto não é absoluta, mas sim relativa, uma vez que o agente poderia ter êxito em desligar ou destruir os dispositivos. Portanto, a consumação era potencialmente viável e não ocorreu por circunstâncias que são alheias à vontade do furtador. Neste caminho o Superior Tribunal de Justiça: “Conforme jurisprudência pacífica desta Corte, o monitoramento por meio de câmeras de vigilância, de sistemas de alarme ou a existência de seguranças no estabelecimento comercial não tornam impossível a consumação da infração” (Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, AgRg no REsp 1133055/RS, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 25.10.2011).

O mesmo raciocínio é aplicado para os casos de vigilância por câmeras em estabelecimentos comerciais. Embora tais aparatos dificultem a consumação do furto, não o torna impossível, já que o agente pode burlar a vigilância ou danificar as câmeras. Esta é a posição do Supremo Tribunal Federal: “Os sistemas de vigilância existentes em estabelecimentos comerciais não impedem, mas apenas dificultam, a consumação do crime de furto. Destarte, não há que se falar em crime impossível em razão da ineficácia

---

<sup>7</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*, v.1, p. 182.

<sup>8</sup> JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, v. 2, p. 354.

<sup>9</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 2, p. 46.

<sup>10</sup> MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado*, v. 2, p. 371.



absoluta do meio empregado. Precedentes.” (Superior Tribunal Federal, 1ª Turma, RHC 118.456/MG, rel. Min. Luiz Fux, DJe 18.10.2013).

#### 1.4. Furto de uso

Se a subtração do bem for para um uso momentâneo do agente e se este, espontaneamente, proceder à pronta e integral restituição da coisa, intacta (no mesmo estado em que se encontrava quando subtraída), antes de início de procedimento investigatório, estará configurado o chamado “furto de uso”, considerado pela doutrina e jurisprudência majoritárias como **fato atípico**, por não haver intenção de apoderamento definitivo (*animus rem sibi habendi*).

Neste sentido, Fernando de Almeida Pedroso:

“O apossamento da coisa com o simples escopo de usar ou utilizar-se momentaneamente dela (propósito de fruição transitória) retira da subtração o substrato típico. A conduta praticada nessas condições não encontra descortino junto à figura delituosa entalhada no art. 155 do CP (...). Todavia, consoante reclama a *communis opinio doctorum*, para o *furtum usus* tomar configuração é imprescindível que o uso da coisa subtraída seja imediato e momentâneo e que ela seja *incontinenti* restituída ao dono, *in loco* e *et integro* (...) Sob essa diretriz, se a res não é logo usada ou não é restituída integralmente e em lugar acessível, deixa de emoldurar-se a atípica subtração de uso.”<sup>11</sup>

Vislumbramos, assim, a necessidade de alguns requisitos para a caracterização do furto de uso:

(a) O agente tem a prévia intenção de usar a coisa momentaneamente (elemento subjetivo). Se ele subtrair com dolo de assenhoramento definitivo e depois devolver, haverá furto com a causa de diminuição do arrependimento posterior (art. 16 do Código Penal).

(b) Deve haver restituição espontânea do bem, após curto espaço de tempo da subtração. A devolução após descoberta da vítima ou acionamento da Polícia exclui a espontaneidade da conduta.

---

<sup>11</sup> PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito penal*, pp. 479-480.

(c) A coisa deve ser devolvida integralmente, sem danos. Havendo avarias, há prejuízo patrimonial para a vítima e, portanto, furto.

## **2. CAUSA DE AUMENTO DE PENA (REPOUSO NOTURNO)**

O § 1º do art. 155 prevê causa de aumento de pena de um terço (1/3) para o furto praticado durante o *repouso noturno*.

Entende-se por repouso noturno o período de descanso das pessoas, compreendido entre o momento em que estas se recolhem para dormir e o momento em que despertam para suas atividades rotineiras.

Não basta, pois, para a incidência da majorante, ser noite ou madrugada. É indispensável que, além da ausência de luz do dia, também esteja presente uma maior facilidade encontrada pelo furtador, que se aproveita do período de pouca vigilância para efetuar a subtração.

Evidente que a caracterização do repouso dependerá do local e das circunstâncias do crime. Exemplo: não haverá repouso noturno se a subtração ocorrer por volta das 22h numa movimentada avenida da cidade de São Paulo. Poderá haver, contudo, se a subtração ocorrer, no mesmo local, às 3h da madrugada. Noutro vértice, numa rua pouco movimentada ou num local ermo, podemos pensar na incidência da causa de aumento ora estudada por volta das 20h ou 21h. Tudo dependerá da análise do caso concreto.

Há julgados no sentido de que não seria possível aplicar a majorante do repouso noturno num furto praticado em moradia desabitada, por ausência de repouso (vítima não está ali repousando).<sup>12</sup>

Prevalece, no entanto, o entendimento de que aludida causa de aumento pode incidir neste caso, porque o fundamento para o tratamento mais rigoroso não tem relação com a maior periculosidade em relação à vítima, mas sim, frisa-se, porque “o furto é crime contra o patrimônio e não contra a pessoa, e o patrimônio resta mais fragilizado durante o repouso noturno.”<sup>13</sup> Além disso, é preciso considerar que embora a casa esteja

---

<sup>12</sup> Neste sentido: Para a configuração da majorante (...) exige-se “que o local do delito seja habitado e que as pessoas que ali se encontram estejam, no momento do crime, repousando”. (TJ/MG – Ap.Crim. 200000049186050001-MG).

<sup>13</sup> MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado*, v. 2, p. 377.

desabitada, o período da subtração é de repouso para a vizinhança e para a coletividade como um todo, o que facilita a execução do delito.

Assaz considerar, em acréscimo, que a majorante não se aplica tão apenas para furtos em residência. O Código Penal não faz esta distinção. Aliás, o Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento de que o aumento de um terço incide também para furtos praticados em veículos estacionados em vias públicas e em estabelecimentos comerciais:

“A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou-se no sentido de que incide a majorante prevista no § 1.º do art. 155 do Código Penal, quando o crime é cometido durante a madrugada, horário no qual a vigilância da vítima é menos eficiente e seu patrimônio mais vulnerável, o que ocorre inclusive para estabelecimentos comerciais. A causa especial de aumento de pena do furto cometido durante o repouso noturno pode se configurar mesmo quando o crime é cometido em estabelecimento comercial ou residência desabitada, sendo indiferente o fato de a vítima estar, ou não, efetivamente repousando. Precedentes.” (Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, AgRg no REsp 1546118/MG, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 10.2.2016).<sup>14</sup>

Questão polêmica, bastante debatida atualmente, é se a majorante incide somente no furto simples ou também no qualificado.

A doutrina majoritária entende que somente se aplica a causa de aumento do repouso noturno ao furto simples, seja por causa da disposição dos parágrafos (a majorante vem na sequência do *caput*, antecedendo a previsão de qualificadoras);<sup>15</sup> seja porque o furto qualificado já é grave o bastante<sup>16</sup> (possui pena bem mais elevada – de 2 a 8 anos de reclusão –, como veremos adiante).

---

<sup>14</sup> No mesmo sentido: Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, HC 191.300/MG, rel. Min. Laurita Vaz, DJe 26.06.2012.

<sup>15</sup> “A majorante em estudo somente se aplica ao furto simples, não sendo permitida a causa de aumento na hipótese de furto qualificado. Isso porque, de acordo com a situação topográfica do parágrafo sub examen, fosse intenção da lei aplicá-lo também às modalidades qualificadas, o aumento relativo ao repouso noturno deveria vir consignado posteriormente ao § 4º do art. 155 do Código Penal” (GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*, v. 2, p. 548).

<sup>16</sup> Expõe Christiano Fragoso, citando ensinamentos de HUNGRIA, que a majorante não deve aplicar-se à modalidade qualificada porque, além da disposição dos parágrafos, “o Código Penal contempla essa majorante como um meio-termo entre o furto simples e o qualificado” (FRAGOSO, Christiano. *Código Penal comentado: doutrina e jurisprudência*, p. 462).

Discordamos, neste ponto, da doutrina predominante. Parece-nos que o argumento da topologia dos parágrafos é frágil para justificar a não-incidência da majorante à modalidade qualificada. Muitos autores que os sustentam acabam por admitir, de forma contraditória, o furto qualificado-privilegiado, ignorando, nesta hipótese, o critério da topologia (o privilégio – § 2º – antecede as qualificadoras – § 4º). Não me parece lógico, do ponto de vista jurídico, que a mera disposição dos parágrafos possa impedir a aplicação de causas de aumento ou diminuição de penas que estejam presentes no caso concreto, já que o tipo penal deve ser um todo que se harmoniza.

Também não nos parece razoável o argumento de que o furto qualificado já tem pena muito mais severa, dispensando, por isso, a majorante do repouso noturno. Ora, a causa de aumento dá-se – como vimos acima - por força de uma facilidade provocada para a execução do crime, qual seja a menor vigilância, enquanto as qualificadoras se dão por circunstâncias completamente distintas – como veremos adiante. Não há, pois, *bis in idem*.

O fato de a pena do tipo qualificado já ser maior (2 a 8 anos) não impede a aplicação da majorante, pois a circunstância que aumenta a pena é objetiva e é perfeitamente compatível com todas as qualificadoras.

O posicionamento ora defendido, embora seja corrente minoritária entre os doutrinadores, tem sido recentemente adotado pelos Tribunais Superiores, v.g.:

“(...) Desse modo, seguindo, *mutatis mutandi*, a linha do raciocínio jurídico adotado por este Superior Tribunal de Justiça e pela Suprema Corte, verifica-se não haver, também nesta hipótese, incompatibilidade entre o furto qualificado e a causa de aumento relativa ao seu cometimento no período noturno.” (Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, Ag.Reg. no AREsp 741.482/MG, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 14.09.2015).

### **3. FURTO PRIVILEGIADO**

O § 2º do art. 155 prevê o *furto privilegiado*, o qual passamos a analisar nos *subitens* que se seguem.

### 3.1. Requisitos e efeitos

O privilégio é uma circunstância especial, favorável ao agente, que se aplica às formas consumada e tentada do crime. Ela estará presente se o agente for *primário* e, cumulativamente, for *pequeno o valor da coisa*.

Primariedade é o mesmo que *não-reincidência*. É primário aquele que nunca cometeu infração penal (primariedade propriamente dita) e também aquele que não cometeu infração alguma no período de cinco anos após a extinção de sua última pena, nos termos do art. 64, I, do Código Penal (primariedade técnica).

A Lei não diferencia as hipóteses de primariedade, de forma que tanto o primário como o tecnicamente primário *fazem jus* ao privilégio.

O critério para o reconhecimento do *pequeno valor da coisa* é puramente objetivo. Considera-se o valor de *um salário mínimo* na data da ação.<sup>17</sup> Este critério não é legal, mas é adotado de forma pacífica pela jurisprudência pátria. Para Damásio E. de Jesus, esse conceito de um salário mínimo não pode ser extremamente rígido, sendo cabível o privilégio ainda que o objeto material exceda um pouco tal quantia, v.g., em 20 ou 30 reais.<sup>18</sup>

O valor deverá ser indicado em um laudo de avaliação, conforme art. 172 do Código de Processo Penal.

Reconhecido o privilégio, terá ele consequência imediata sobre a pena. Poderá o Juiz optar por um das três alternativas seguintes: substituir a pena de reclusão pela de detenção; diminuir a pena de um terço (1/3) até dois terços (2/3); aplicar somente a pena de multa. Observe-se que as duas primeiras alternativas podem ser cumuladas entre si, pois compatíveis.

O termo “poderá” significa que o Juiz tem opções a escolher (são três opções) e ele pode adotar qualquer uma delas. Porém, não significa que o juiz pode, preenchidos os requisitos legais, deixar de adotar ao menos uma delas, já que temos aqui um direito subjetivo do réu.<sup>19</sup> Noutras palavras, se o agente é primário e a coisa é de pequeno valor,

---

<sup>17</sup> No furto tentado, considera-se o valor da coisa visada pelo sujeito.

<sup>18</sup> JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, v. 2, p. 360.

<sup>19</sup> O termo “poderá” é interpretado por alguns doutrinadores como uma possibilidade dada para o legislador ao julgador de optar ou não pela concessão do privilégio atendendo-se a critérios de política criminal, de forma que o Juiz poderia não aplicá-lo, por exemplo, se o condenado for pessoa com maus antecedentes e

o Juiz deve aplicar o privilégio, podendo optar por qualquer uma das três alternativas que o legislador lhe concede.

### 3.2. Furto privilegiado-qualificado. Possibilidade?

Ponto controverso é se o privilégio pode ou não ser aplicado ao furto qualificado. Há duas posições a respeito:

A primeira delas, que por muitos anos foi majoritária, é a da impossibilidade da aplicação do privilégio à modalidade qualificada. Seus defensores sustentam, basicamente, dois argumentos: (a) a topologia dos parágrafos (a previsão do privilégio - § 2º – propositadamente antecede às qualificadoras – §§ 4º e seguintes); (b) a desarrazoabilidade de se aplicar um benefício tão extenso - que pode consistir na mera aplicação isolada de multa – a uma conduta que a própria Lei considera mais reprovável e eleva o grau de culpabilidade do sujeito (pena de dois a oito anos de reclusão). Este é o posicionamento exarado pelos penalistas Nelson Hungria<sup>20</sup> e Heleno Cláudio Fragoso<sup>21</sup> e durante muitos anos foi predominante nos Tribunais Superiores.

A segunda corrente, de forma oposta, conclui pela possibilidade da figura híbrida (furto privilegiado-qualificado) ante a plena compatibilidade entre as circunstâncias que compõem o privilégio (primariedade e pequeno valor da coisa) e as qualificadoras do furto. É o entendimento de Damásio E. de Jesus<sup>22</sup> e que, atualmente, é adotado tanto pelo Supremo Tribunal Federal<sup>23</sup> como pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual, aliás, pacificou seu entendimento ao sumular a matéria: “É possível o reconhecimento do privilégio previsto no § 2º do art. 155 do CP nos casos de crime de furto qualificado, se estiverem presentes

---

má personalidade (neste sentido: Damásio E. De Jesus. *Direito penal*, pp. 365-366, e também Mário Hoepfner Dutra. *O furto e o roubo*, p. 167). Particularmente, **discordamos** de tal orientação, uma vez que a Lei exigiu tão somente um requisito objetivo (valor da coisa) e um subjetivo (primariedade) e nada mais. Além disso, se até mesmo o tecnicamente primário (indivíduo já condenado no passado, mas que voltou a ser primário por força do estatuído no art. 64, I, do Código Penal) é destinatário da benesse legal, **não nos parece** acolhedora a tese de que há necessidade de se analisar, para concessão do privilégio, os antecedentes e a personalidade do agente.

<sup>20</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 29.

<sup>21</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*, v.1, p. 301.

<sup>22</sup> JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, v. 2, p. 368.

<sup>23</sup> “As causas especiais de diminuição (privilégio) são compatíveis com as de aumento (qualificadora) de pena previstas, respectivamente, nos parágrafos 2º e 4º do artigo 155 do Código Penal. Precedentes.” (Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, HC 109.527-MG, rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 01.08.2012).

a primariedade do agente, o pequeno valor da coisa e a qualificadoras for de ordem objetiva.<sup>24</sup> (Superior Tribunal de Justiça. Súmula 511).

Acertada, a nosso ver, a atual posição dos Tribunais Superiores.

Com efeito, como já defendemos aqui – ao tratar da possibilidade de aplicação da majorante do repouso noturno à forma qualificada do furto –, a geografia dos parágrafos não é uma justificativa sólida, já que o tipo penal é um todo que se harmoniza. O que importa não é a disposição dos parágrafos, mas sim a compatibilização entre os institutos, a qual está presente, já que nenhuma das qualificadoras do furto é inconciliável com a primariedade ou com o pequeno valor do objeto subtraído.

Outrossim, não há necessariamente desproporção entre a benesse com a pena mais severa do furto qualificado, visto que ao Juiz são dadas três alternativas penais ao reconhecer o privilégio: substituir a reclusão pela detenção; aplicar somente a multa; ou reduzir a reprimenda de um a dois terços, podendo ele adotar, no caso concreto, aquela que lhe parecer mais justa e adequada. Relewa lembrar, aqui, que a existência da qualificadora não será ignorada pela Justiça ao reconhecer o privilégio, pois a pena a ser reduzida (de 1/3 a 2/3) será a do furto qualificado (de 2 a 8 anos) – e não a do furto simples –, o que nos faz crer que o princípio da proporcionalidade está sendo atendido.

### 3.3. Outras questões relativas à figura do furto privilegiado

O furto privilegiado, na sua modalidade tentada, é crime de menor potencial ofensivo. Com efeito, tomando-se a pena máxima do art. 155, *caput*, do Código Penal (4 anos) e aplicando-se a ele os redutores mínimos do privilégio (1/3) e da tentativa (mais 1/3),<sup>25</sup> obtemos uma pena máxima em abstrato inferior a dois anos, enquadrando-se, portanto, no conceito do art. 61 da Lei 9.099/1995 (com redação dada pela Lei 11.313/2006).

---

<sup>24</sup> Quase todas as qualificadoras são de natureza objetiva. A exceção é a qualificadora do *abuso de confiança*, a qual depende de um vínculo (subjetivo) de lealdade entre o furtador e a vítima, como veremos adiante.

<sup>25</sup> Para sabermos as penas máxima e mínima, em potencial, de um crime, devemos considerar as causas de aumento e diminuição, já que elas têm aptidão para alterar as balizas do tipo básico. Como a Lei 9.099/1995 reporta-se à **pena máxima** de dois anos, devemos, para calculá-la, considerar o máximo estabelecido no *caput* e considerar a maior fração possível de aumento (quando houver) e a menor fração possível de diminuição (quando houver).

Não se deve confundir o furto privilegiado (pequeno valor da coisa) com o “furto de bagatela”, consubstanciado pelo valor insignificante da coisa subtraída, o que faz com que a conduta seja considerada materialmente **atípica** por ausência de lesão ao bem jurídico. Exemplo: um furto de um chinelo velho, avaliado em 10 reais, pode ser considerado atípico por insignificância; já um furto de uma bicicleta, avaliada em trezentos reais, não é insignificante, mas dará azo à aplicação do privilégio.<sup>26</sup>

Por fim, a modalidade privilegiada se distingue do chamado “furto famélico”, presente quando o agente subtrai alimento para saciar sua fome ou a de terceiro. Neste caso, haverá a exclusão da ilicitude diante do preenchimento dos requisitos do estado de necessidade (art. 24 do Código Penal).

#### 4. **FURTO DE ENERGIA**

O § 3º do art. 155 equipara à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico, tais como a térmica, sonora ou mecânica.

Discute-se, hoje, intensamente, se o desvio de sinal de TV a cabo configura ou não tal espécie de crime.

Para Cezar Roberto Bittencourt, o desvio de sinal de TV a cabo não configura furto de energia, porque “Sinal de TV não é, e nem se equipara a ‘energia’, seja de que natureza for. Na verdade, energia se consome, se esgota, diminui e pode inclusive terminar, ao passo que ‘sinal de televisão’ não se gasta, não diminui, mesmo que metade do país acesse o sinal ao mesmo tempo, ele não diminui, ao passo que, se fosse energia elétrica, entraria em colapso.”<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> Para o Supremo Tribunal Federal, “o princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentaridade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de **afastar a própria tipicidade penal**, examinada na perspectiva de seu caráter material (...) Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a **mínima ofensividade** da conduta do agente, (b) a **nenhuma periculosidade social da ação**, (c) o **reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento** e (d) a **inexpressividade da lesão jurídica provocada** - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público.” (Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, HC 84.412- 0/SP, rel. Min. Celso de Mello, DJU 19.11.2004).

<sup>27</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 3, p. 87.



Para os adeptos desta corrente, equiparar o sinal de TV a cabo a energia seria, então, uma analogia *in malam partem*, o que afrontaria ao Princípio da Legalidade. Neste sentido, temos precedente do Supremo Tribunal Federal: “O sinal de TV a cabo não é energia, e assim, não pode ser objeto material do delito previsto no art. 155, § 3º, do Código Penal (...) O sinal de TV a cabo não pode ser equiparado à energia, pois não é fonte capaz de gerar força, potência, fornecer energia para determinados equipamentos, ou de transformar-se em outras formas de energia” (Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, HC 97.261/RS, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 2.5.2011).

Há, no entanto, um segundo posicionamento, no sentido de que o desvio de sinal de TV a cabo configura furto de energia, por haver adequação típica à conduta do art. 155, § 3º, do Código Penal. É a corrente sustentada por Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini, para quem os sinais que codificam o conteúdo audiovisual da TV a cabo:

“São transmitidos por ondas eletromagnéticas, forma de energia, por meio de fios ou cabos até seus destinatários finais. Diversamente do que ocorre na televisão aberta, a apropriação ilícita da energia na televisão a cabo não somente possibilita ao agente o uso e gozo de energia, mas, também, implica uma redução ou perturbação com prejuízo à qualidade dos sinais disponibilizados pela empresa emissora aos seus contratantes regulares, o que permite reconhecer a ocorrência da subtração, a exemplo, alias, do furto de energia elétrica.”<sup>28</sup>

Filiamo-nos a esta segunda corrente, pois sinal de TV é forma de energia radiante, mais especificamente radiação eletromagnética propagada através de ondas, e, indubitavelmente, possui valor econômico, já que o sinal regular da televisão a cabo é contratado pelo consumidor e pago à empresa que oferece o serviço, a qual é a vítima patrimonial do delito, pois está deixando de obter rendimentos pela atividade prestada.

Este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“O sinal de televisão propaga-se através de ondas, o que na definição técnica se enquadra como energia radiante, que é uma forma de energia associada à radiação eletromagnética. II. Ampliação do rol do item 56 da Exposição de Motivos do Código Penal para abranger formas de energia ali não dispostas, considerando a revolução tecnológica a que o mundo

---

<sup>28</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. *Código Penal interpretado*, pp. 1097-1098.

vem sendo submetido nas últimas décadas. III. Tipicidade da conduta do furto de sinal de TV a cabo.” (Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, REsp 1123747/RS, rel. Min. Gilson Dipp, DJe 01.02.2011).

Importante considerar que a criminalização do furto de sinal não é uma analogia *in malan partem*, mas sim uma interpretação analógica: o legislador trouxe uma hipótese (energia elétrica) e, na sequência, colocou a fórmula genérica (qualquer outra). Logo, qualquer energia que se assemelhe à elétrica pode ser objeto do furto do § 3º, entre elas a radiante.

No mais, segundo o item 56 da Exposição de Motivos do Código Penal, insere-se no contexto de energia, para fins de tipificação, “toda energia economicamente utilizável e suscetível de incidir no poder de disposição material e exclusiva de um indivíduo”. É evidente que a exposição de motivos não exemplifica o sinal de TV a cabo, porque ela data de 1940. Para atualizá-la, é necessário analisar o contexto global atual e o crescente avanço tecnológico.

## 5. FURTO QUALIFICADO

As qualificadoras do furto vêm descritas nos § 4º, 5º e 6º do art. 155 do Código Penal.

O § 4º estabelece pena de **2 (dois) a 8 (oito) anos** de reclusão, mais multa, se ocorrerem as seguintes qualificadoras, todas atinentes a meios de execução que tornam a conduta do agente mais reprovável:

### 5.1. Destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa (art. 155, § 4º, I, do Código Penal)

Destruir é aniquilar, fazer desaparecer, tal como ocorre nas ações de explodir, queimar etc. Romper significa danificar de alguma forma, por meio, por exemplo, de arrombamento, perfuração, corte etc.

Obstáculo significa qualquer objeto que dificulte o acesso ao bem e seu consequente apoderamento, como portas, janelas, grades, cadeados, cofres etc.<sup>29</sup>

Assim, incidirá na qualificadora do inciso I do § 4º qualquer conduta hábil a destruir ou romper os empecilhos à subtração, como explodir um cofre ou um caixa eletrônico,<sup>30</sup> forçar uma porta com um pé de cabra, arrebentar o vidro da janela, serrar uma grade ou um cadeado etc.<sup>31</sup>

A destruição ou rompimento de obstáculo deverá ser comprovada pericialmente, conforme prevê o art. 171 do Código de Processo Penal.

A destruição ou rompimento de obstáculo configura, por si só, o delito (autônomo) de dano (*destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia*); contudo, o crime do art. 163 é *absorvido* pelo furto qualificado ora em estudo. Trata-se de um conflito aparente de normas que é solucionado pelo princípio da consunção: como o dano, crime menos grave, é o meio utilizado para a subtração,<sup>32</sup> o furto qualificado (crime mais grave) o absorve.

Aspecto discutido na doutrina é se a destruição ou rompimento do obstáculo deve anteceder (ou ao menos ser concomitante) à apreensão da coisa ou se poderia ser posterior, como no caso em que o indivíduo apodera-se livremente do bem, mas necessita quebrar a janela para fugir do local.

Para Magalhães Noronha, a destruição ou rompimento do obstáculo devem ocorrer antes ou durante a apreensão, devido à própria redação legal: “se o crime é cometido com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa”, ou seja, para

---

<sup>29</sup> Tema pouco explorado na doutrina é se o cão de guarda poderia ser considerado obstáculo à prática da subtração e, conseqüentemente, se ceifar a vida do animal qualificaria o crime. Para Victor Eduardo Rios Gonçalves, a resposta é negativa, porque o cão não pode ser considerado obstáculo no sentido técnico da palavra, de forma que sua morte seria um crime de dano a ser aplicado em concurso com o furto simples (*Dos crimes contra o patrimônio*, v. 9, p. 16). Respeitosamente, pensamos de forma diversa, pois o animal, que ali está para a vigia da residência, é sem dúvida um empecilho à atuação do furtador, de forma que matar o animal para poder ter êxito na subtração configura destruição do obstáculo.

<sup>30</sup> Cabe aqui uma observação importante: se a explosão do cofre ou do caixa eletrônico expor a perigo a vida, a integridade ou o patrimônio de outras pessoas, estará configurado, além do furto, o crime de explosão, tipificado no art. 251 do Código Penal. O agente, mediante uma única ação, atingirá dois resultados (patrimônio e incolumidade pública), devendo ser aplicada a regra do concurso formal de infrações. Observar, contudo, que não incidiria mais a qualificadora do § 4º, I, pois a explosão já caracteriza um crime autônomo, de maior gravidade (pena de reclusão de 3 a 6 anos).

<sup>31</sup> Notar que a lei exige a destruição ou rompimento do obstáculo. Seu simples afastamento, como no ato de desligar um alarme, não caracteriza esta qualificadora (podendo, se o caso, caracterizar outra).

<sup>32</sup> Por isso, só haverá absorção se o dano for praticado para permitir ou facilitar a subtração.

permitir a apreensão da coisa.<sup>33</sup> Já para Rogério Greco, o momento da danificação do obstáculo é indiferente para qualificar o furto, pois “o comportamento do agente foi dirigido a destruir ou romper um obstáculo ali colocado com o fim de impedir a subtração, o que, ao final, acabou ocorrendo”.<sup>34</sup> Filiamo-nos a este segundo entendimento, já que a destruição ou rompimento do obstáculo, embora posterior à apreensão do bem propriamente dita, é essencial para o êxito da empreitada do agente.

Outra questão bastante polêmica é se o obstáculo danificado pode ser parte integrante da coisa furtada ou se necessita ser estranho a ela. Essa discussão ganhou bastante relevo nos furtos de veículos ou objetos que estão em seu interior, a partir da quebra dos vidros.

Para Nelson Hungria, o obstáculo necessariamente deve ser algo externo à coisa, não se podendo qualificar o furto quando o agente danifica a própria coisa subtraída.<sup>35</sup> Segundo tal pensamento, se o agente quebrar o vidro para furtar algum objeto no interior no veículo haverá furto qualificado;<sup>36</sup> mas se subtrair o próprio veículo haveria furto simples (salvo se presente outra qualificadora).

Para outra parte da doutrina, a qualificadora incide tanto quando o obstáculo for exterior à coisa como quando for parte integrante dela. O fundamental é a destruição ou rompimento de objeto impeditivo da subtração, sem as quais o crime não se consumaria. Além disso, consoante ensinamentos de como Cleber Masson, “seria incoerente, exemplificativamente, punir por furto qualificado aquele que destrói o vidro de um carro para subtrair uma camiseta que estava em seu interior e, ao mesmo tempo, imputar o crime de furto simples ao sujeito que destrói a porta do veículo automotor para furtá-lo. A aplicação da lei penal estaria fora da realidade e levaria à descrença generalizada e à banalização do direito penal”.

A segunda corrente parece-nos mais correta. Primeiro porque em nenhum momento a legislação exige que o obstáculo seja externo à coisa. A ideia é punir com

---

<sup>33</sup> NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito penal*, v. 2, p. 239.

<sup>34</sup> GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*, v. 2, pp. 556-557.

<sup>35</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 41.

<sup>36</sup> O Superior Tribunal de Justiça tem aplicado a qualificadora quando o agente danifica parte do carro para subtrair objetos que estão dentro dele. *In verbis*: “A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que, quando o agente quebra o vidro da janela ou de qualquer forma danifica o automóvel com o fim subtrair algum bem, como no caso em que os acusados destruíram o suporte de ferro que prende o pneu estepe ao veículo, é aplicável a qualificadora pelo rompimento de obstáculo” (Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, AgRg no AREsp 567.523/DF, rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 09.11.2016).

maior rigor a conduta daquele que usa de violência contra a coisa para permitir a concretização da subtração. Segundo porque a posição anterior parece-nos afrontar ao princípio da proporcionalidade, pois se traria solução mais rigorosa para casos potencialmente menos graves.

Também encontramos julgados nesse sentido no Superior Tribunal de Justiça:

“Não é possível deixar de reconhecer a prática de furto qualificado apenas e simplesmente por se ter avariado o próprio bem subtraído, pois referida circunstância não tem o condão de desconfigurar o efetivo rompimento de obstáculo. Não há dúvidas de que as portas, os vidros e o alarme do carro visam exatamente impedir ou pelo menos dificultar sua subtração e dos bens que estão no seu interior, sendo ainda inquestionável a necessidade de transposição desta barreira para que se furte tanto o carro quanto os objetos do seu interior (...) A conduta em ambos os casos é a mesma, consiste em romper obstáculo como meio necessário para subtrair coisa alheia móvel, o que denota sua maior reprovabilidade, ante a utilização de meios excepcionais para superar os obstáculos defensivos da propriedade. Dessa forma, é indiferente para configurar referida qualificadora analisar qual o bem subtraído.” (Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, REsp 1395838/SP, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 28.05.2014).

Há ainda um terceiro entendimento, que, também invocando o princípio da proporcionalidade, considera como furto simples a destruição ou rompimento de obstáculo tanto para subtrair o veículo como para subtrair o que há em seu interior, para não se criar situações distintas.

“Não se mostra razoável considerar o furto qualificado quando há rompimento do vidro do veículo para a subtração do som automotivo, e considerá-lo simples quando o rompimento se dá para a subtração do próprio veículo, razão pela qual deve se dar igual tratamento a ambos, considerando-se-os, portanto, como furtos simples.” (Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, AgRg no HC 162537/SP, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 12.11.2012).

Pensamos que este terceiro entendimento, tal qual o segundo – que adotamos –, realmente preserva o princípio da proporcionalidade, dando tratamento isonômico (aplicação da mesma pena em abstrato) para situações semelhantes. O problema, salvo

melhor juízo, é que ele acaba por desprezar qualificadora prevista em Lei e cria, então, desproporcionalidade entre os furtos de veículos e outros furtos, já que, por exemplo, um agente que quebrar o vidro do veículo para furtá-lo responderá por furto simples, ao passo que um outro agente que serrar um cadeado para subtrair roupas que estão dentro da mala responderá por furto qualificado.

Por fim, prevalece o entendimento jurisprudencial de que a qualificadora em testilha é incompatível com a aplicação do princípio da insignificância. Neste trilhar:

“1. A verificação da tipicidade penal não pode ser percebida como o exercício abstrato de adequação do fato concreto à norma jurídica. Além da correspondência formal, para a configuração da tipicidade é necessária análise materialmente valorativa das circunstâncias da espécie em exame, no sentido de se concluir sobre a ocorrência de alguma lesão grave, contundente e penalmente relevante do bem jurídico tutelado. Paciente reincidente. Não incidência do princípio da insignificância. 2. A circunstância de ter sido cometido o crime pelo paciente com rompimento de obstáculo, confirmada nas instâncias antecedentes, também afasta a incidência do princípio da insignificância.” (Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, HC 131.618/MS, rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 13.05.2016).

“Não é insignificante a conduta de furtar uma bolsa e um rádio automotivo do interior de um veículo, depois de tê-lo arrombado, quebrando o vidro que o guarnecia (rompimento de obstáculo) (...). Em tais circunstâncias, não há como reconhecer o caráter bagatelar do comportamento imputado, havendo afetação do bem jurídico.” (Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, HC 283551/RS, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 04.11.2014).

## **5.2. Abuso de confiança (art. 155, § 4º, II, 1ª figura, do Código Penal)**

O abuso de confiança é a única qualificadora do furto de natureza subjetiva. Isto porque somente se pode falar em confiança quando existir um *vínculo de lealdade* entre o autor do furto e a vítima.

Há abuso de confiança quando o agente aproveita-se deste elo preexistente para subtrair a coisa, que ficou ao seu alcance justamente devido à esta relação de credibilidade antecedente (a qual faz, naturalmente, com que a vigilância do ofendido sobre seus bens seja flexibilizada em relação ao agente).

Os exemplos mais comuns são o do amigo que furta objetos do outro; ou o do empregado que subtrai pertences do patrão.

Note-se, contudo, que o emprego não basta, por si só, para caracterizar a qualificadora. É mister, como já destacamos, que esteja presente uma relação de confiança, a qual deve ser analisada caso a caso. O tempo de trabalho certamente é um indicador desta relação, mas não é o único, até porque o vínculo empregatício pode ser recente mas estar configurada uma confiabilidade prévia, como na hipótese em que o patrão entrega as chaves da casa ao empregado novato devido às referências que possuía de seus empregadores antecedentes. Neste sentido: “Estando comprovada a relação de confiança entre a empregada doméstica e a vítima que a contrata - seja pela entrega das chaves do imóvel ou pelas boas referências de que detinha a acusada - cabível a incidência da qualificadora ‘abuso de confiança’ para o crime de furto ora sob exame. Precedente” (Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, HC 192922/SP, rel. Min. Laurita Vaz, DJe 07.03.2012).

Não basta, outrossim, haver a especial situação de confiança. É preciso, adicionalmente, que o furtador abuse de alguma facilidade inerente à confiança para executar a subtração.

### **5.3. Fraude (art. 155, § 4º, II, 2ª figura, do Código Penal)**

Ocorre fraude quando o furtador empregar algum meio enganoso para iludir a vigilância, da vítima ou de terceiro, e assim subtrair o bem.

O meio enganoso pode ser um artifício fraudulento ou o ardil.

Artifício é a fraude material, representada por algum objeto, vestimenta ou instrumento utilizados para diminuir a vigilância sobre a coisa, como na hipótese em que o indivíduo, trajando uniforme de uma companhia de TV a cabo, ingressa na residência da vítima para supostamente colocar um aparelho que faria melhorias na imagem. Ocorre que, dentro do imóvel, o indivíduo subtrai joias da vítima. Percebe-se que a fraude foi

essencial para que o agente, iludindo a vítima, ingressasse na casa e subtraísse a coisa alheia móvel.

Ardil é a fraude moral, baseada na conversa, na lábia do agente, que, mediante uso de palavras, engana a vítima, permitindo-se a subtração. Exemplo: um agente distrai um vendedor da loja simulando interesse em comprar produtos, enquanto seu comparsa, aproveitando-se da menor vigilância, subtrai bens que estão na vitrine.

O furto mediante fraude difere-se do estelionato porque no furto a fraude é utilizada para diminuir a vigilância (da vítima ou de terceiro) e facilitar a *subtração* da coisa, ao passo que no estelionato a fraude é empregada para iludir a vítima, a qual, induzida ou mantida em erro, *entrega a coisa* espontaneamente para o agente. Nas palavras de Cleber Masson, “no furto qualificado há subtração do bem sem que a vítima o perceba; no estelionato, de outro lado, dá-se a entrega espontânea (embora viciada) do bem pela vítima ao agente.”<sup>37</sup>

Dada tal diferenciação, podemos concluir que as hipóteses de saques em dinheiro ou transferências bancárias, fraudulentos, mediante uso da internet (agente consegue concretizar tais operações financeiras a partir de clonagem de cartão ou, de qualquer outra forma, simulando ser o correntista) configuram *furto mediante fraude* e não estelionato. Isso porque a fraude material praticada pelo agente é apta a burlar o sistema de vigilância da instituição financeira, permitindo a subtração dos valores que estão na conta corrente. Não há, em nenhum momento, entrega da coisa pela vítima.

#### **5.4. Escalada (art. 155, § 4º, II, 3ª figura, do Código Penal)**

A escalada é qualquer via de acesso anormal para ingresso ou saída de um ambiente fechado, onde é praticada a subtração da coisa.

A escalada abrange não apenas a entrada ou saída pelo alto (como, por exemplo, pular um alto muro), mas toda e qualquer forma de entrada ou saída extraordinária (como, por exemplo, a escavação de um túnel).

Para se reconhecer a qualificadora, é imprescindível que a via de acesso seja fora dos padrões comuns. Pode dar-se a partir da utilização de objetos como escadas ou cordas

---

<sup>37</sup> MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado*, v. 2, p. 390.



para um acesso pelo alto, ou pás e enxadas para um acesso subterrâneo, ou mesmo a partir de uma habilidade ou de um esforço incomum do agente para se entrar ou sair do local do furto, como no exemplo daquele que escala a fachada de um edifício.

#### **5.5. Destreza (art. 155, § 4º, II, 4ª figura, do Código Penal)**

Destreza é a habilidade manual do agente, que subtrai a coisa sem que a vítima perceba sua ação. Podemos citar como exemplo o do indivíduo que, sorrateiramente, subtrai a carteira do bolso de alguém que estava andando pelas ruas, ou aquele do agente que abre a bolsa da ofendida e dela retira um aparelho de telefone celular.

Importante considerar que para a incidência da qualificadora em apreço são necessários dois pressupostos: (a) que a ação do furtador – também chamado pela doutrina de “punguista” – deve buscar objetos que estejam sendo portados pela vítima, ou seja, que são trazidos junto ao corpo dela; (b) referida ação não pode ser notada pela vítima. Se a conduta do agente for por ela percebida, não está caracterizada a especial habilidade que qualifica o delito e estaremos diante de uma tentativa de furto simples.<sup>38</sup>

#### **5.6. Emprego de chave falsa (art. 155, § 4º, III, do Código Penal)**

A chave falsa, nas lições de Luiz Regis Prado, Érika Mendes de Carvalho e Gisele Mendes de Carvalho é, qualquer “instrumento falso, com ou sem forma de chave, para fazer funcionar o mecanismo de uma fechadura ou dispositivo análogo, possibilitando ou facilitando a execução do furto”.<sup>39</sup>

Constitui a qualificadora o uso de uma chave copiada da verdadeira sem autorização de seu proprietário; o uso da “gazua” ou “mixa”, que é um instrumento, em formato de chave, especificamente destinado a imitar a chave verdadeira; ou ainda objetos

---

<sup>38</sup> Se a vítima não perceber a conduta do agente, mas a subtração for impedida por ação de terceiro, não estará afastada a qualificadora, porque presente a destreza. Nesse sentido, Rogério Greco, (*Curso de direito penal*, v. 2, pp. 560-561); Cleber Masson (*Direito penal esquematizado*, p. 395) e Rogério Sanches Cunha (*Manual de direito penal*, p. 284).

<sup>39</sup> PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de direito penal brasileiro*, p. 883.

que, mesmo sem formato de chave, prestam-se a abrir fechaduras, como grampos, arames etc.

O uso da própria chave verdadeira, perdida pelo proprietário ou até mesmo anteriormente subtraída, não dá azo ao reconhecimento da qualificadora, ante ao princípio da legalidade (chave verdadeira evidentemente não é “chave falsa”). Para a maioria dos doutrinadores, pode configurar furto qualificado pela fraude.<sup>40</sup>

### **5.7. Mediante o concurso de duas ou mais pessoas (art. 155, § 4º, IV, do Código Penal)**

Qualifica-se o furto quando este for cometido em conjunto por dois ou mais agentes, sendo necessário um liame, uma combinação prévia entre eles, em conformidade com as regras alusivas ao concurso de pessoas (art. 29 do Código Penal). Nas palavras de Rogério Greco:

“A lei penal exige o concurso, isto é, o acordo de vontades dirigido à finalidade comum de subtrair coisa alheia móvel. Para tanto, faz-se mister verificar o vínculo psicológico que unia os agentes na prática do mesmo crime. A ausência de liame subjetivo entre os agentes afasta o concurso de pessoas, fazendo surgir outra figura denominada autoria colateral, que não tem o condão de qualificar o furto”.<sup>41</sup>

Conta-se, para fins de caracterização do concurso de pessoa, os inimputáveis ou pessoas não identificadas, pois o que importa é o efetivo número de sujeitos ativos, que proporciona uma maior facilidade para a consumação da subtração, independentemente se eles serão ou não criminalmente responsabilizados no caso concreto. Exemplificativamente, será aplicada a qualificadora ao agente preso em flagrante na prática do furto ainda que seu comparsa consiga fugir e não seja identificado pela Polícia.

---

<sup>40</sup> Neste trilhar, os magistérios de Cleber Masson (*Direito penal esquematizado*, v. 2, p. 395); Rogério Greco (*Curso de direito penal*, v. 2, p. 562); e Luiz Regis Prado, Érika Mendes de Carvalho e Gisele Mendes de Carvalho (*Curso de direito penal brasileiro*, p. 883). Para Cezar Roberto Bittencourt, “se a chave verdadeira for ardilosamente obtida pelo agente, a qualificadora será pelo emprego da fraude; contudo, se aquela for esquecida na fechadura, ou encontrada, normalmente, em algum lugar, pelo agente ou por terceiro, indiferentemente, o furto será simples” (*Tratado de direito penal*, v. 3, p. 60).

<sup>41</sup> GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p. 563.

Do mesmo modo, incide a qualificadora ao furtador maior de idade quando ele age em concurso de pessoas com um menor de idade.

Neste segundo caso, o maior de idade responderá por furto qualificado (art. 155, § 4º, IV, do Código Penal) em concurso material com o delito de corrupção de menores, tipificado no art. 244-B da Lei 8.069/1990, com redação da Lei 12.015/2009, cujo bem jurídico-penal protegido é a moralidade da criança ou adolescente.<sup>42</sup>

Não nos parece haver *bis in idem* entre a qualificadora do furto e o delito autônomo do art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, porque a primeira é protetiva do patrimônio e funda-se na maior facilidade alcançada para a subtração, enquanto o segundo, repita-se, tem como bem jurídico-penal a moral da criança ou adolescente e tem por base a prática de qualquer crime em conjunto com o menor. Neste sentido temos precedentes do Superior Tribunal de Justiça.<sup>43</sup>

Ponto polêmico entre os doutrinadores é se a qualificadora do concurso de agentes incide tão apenas aos executores do crime (coautoria) ou também para todos aqueles sujeitos que dele participam de alguma forma (participação).

Para Nelson Hungria, se faz necessária a presença *in loco* dos agentes, isto é, a cooperação deles na fase executiva do crime,<sup>44</sup> posição hoje compartilhada por Cezar Roberto Bittencourt, ao rechaçar a possibilidade de qualificar o crime pela autoria mediata;<sup>45</sup> e Rogério Greco, para quem o legislador previu como qualificadora o “cometimento” do crime por duas ou mais pessoas e não a simples “concorrência para o crime”, exigindo-se, portanto, a prática de atos executórios.<sup>46</sup>

---

<sup>42</sup> Conforme Súmula 500 do Superior Tribunal de Justiça, “a configuração do crime do art. 244-B do ECA independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal”. Como descreve Cleber Masson, “a finalidade do tipo penal é coibir a prática de delitos em que existe a exploração de pessoas com idade inferior a 18 anos”. Além disso, “o simples fato de uma criança ou adolescente praticar um fato típico e ilícito em concurso com um agente maior por si só revela, senão o ingresso em um universo prejudicial ao seu sadio desenvolvimento, ao menos sua manutenção nele, o que, de igual modo, é passível de recriminação, pois o comportamento do maior de idade ainda assim reforça, ao menor, sua tendência infracional anteriormente adquirida” (*Direito penal esquematizado*, v.2, p. 397).

<sup>43</sup> “Não configura *bis in idem* a incidência da causa de aumento referente ao concurso de agentes no delito de roubo, seguida da condenação pelo crime de corrupção de menores, já que são duas condutas, autônomas e independentes, que ofendem bens jurídicos distintos. Precedentes.” (Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. HC 157201/DF, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJE 2.2.2015). Embora o acórdão refira-se a concurso de crime entre um roubo circunstanciado pelo concurso de agentes e a corrupção de menores, o fundamento é exatamente o mesmo, dadas as condutas autônomas e independentes, e a diversidade de bens jurídicos.

<sup>44</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 329.

<sup>45</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 3, pp. 69-70.

<sup>46</sup> GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*, v. 2, pp. 563-564.

Posição diversa foi adotada por Heleno Cláudio Fragoso, para quem “o furto será qualificado desde que cometido por duas ou mais pessoas, embora apenas uma tenha realizado a execução material do crime, limitando-se a outra ou as outras a participação secundária”.<sup>47</sup>

Esta segunda corrente é defendida atualmente por Damásio E. de Jesus,<sup>48</sup> Cleber Masson<sup>49</sup> e Rogério Sanches Cunha,<sup>50</sup> sob o argumento – com o qual concordamos – de que deve ser aplicado o regramento alusivo ao concurso de pessoas estatuído no art. 29 do Código Penal, segundo o qual *comete crime quem, de qualquer modo, concorre para a sua realização*. Ademais, o § 4º é expresso no sentido de que a qualificadora incide quando “o crime é cometido mediante concurso de duas ou mais pessoas” e não quando a “subtração é cometida”, abrangendo-se, pois, a participação.

Se três ou mais pessoas associarem-se, de forma permanente e estável, para o fim específico de cometer crimes de furto, restará configurado o crime do art. 288 do Código Penal (associação criminosa). Para Rogério Greco, o grupo responderá pelo art. 288 do Código Penal em concurso com o crime de furto simples (art. 155, caput, do Código Penal), pois a qualificadora do concurso de pessoas constituiria *bis in idem*, ao se punir duas vezes pelo mesmo fato.<sup>51</sup> Posição diversa é adotada por Weber Martins Batista, para quem há concurso de crimes entre o art. 288 e o art. 155, § 4º, IV, ambos do Código Penal.<sup>52</sup>

Filiamo-nos à segunda corrente. Salvo melhor juízo, não há *bis in idem* porque a qualificadora torna mais gravosa a conduta do agente que efetivamente pratica o furto em concurso com outra ou outras pessoas, permitindo ou ao menos facilitando a subtração; ao passo que o fundamento para a incidência do crime do art. 288 do Código Penal é o perigo social da existência de uma associação fundada especificamente para o cometimento de delitos (de furto ou de quaisquer outros). Além disso, o bem jurídico-penal protegido é diverso: num crime tutela-se o patrimônio; noutro a paz pública. Neste diapasão temos precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

---

<sup>47</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*, v. 1, p. 284.

<sup>48</sup> JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, v. 2, p. 373.

<sup>49</sup> MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado*, v. 2, p. 398.

<sup>50</sup> CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal*, p. 285.

<sup>51</sup> GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*, v. 2, p. 564.

<sup>52</sup> BATISTA, Weber Martins. *O furto e o roubo no direito e no processo penal*, p. 190.

“Quanto ao mais, a decisão deve ser mantida incólume porque proferida em conformidade com a jurisprudência assentada nesta Casa Superior de Justiça, no sentido da possibilidade de coexistência entre os crimes de quadrilha ou bando e o de furto ou roubo qualificado pelo concurso de agentes, porquanto os bens jurídicos tutelados são distintos e autônomos os delitos.” (Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, AgRg no REsp 1404832/MS, rel. Min. Laurita Vaz, DJe 31.3.2014).

Alguns juristas, como Lenio Streck e Cezar Roberto Bittencourt, defendem que a qualificadora do § 4º, IV, do art. 155 do Código Penal ofende ao *princípio da proporcionalidade*, pois eleva a pena do furto para 2 a 8 anos, exatamente o dobro da pena da modalidade simples (1 a 4 anos), havendo um descompasso com o estatuído no art. 157, § 2º, II, do Código Penal, segundo o qual o crime de roubo praticado em concurso de pessoas deve receber uma *majorante de pena de um terço (1/3) até metade (1/2)*.

O tratamento mais gravoso para o furto, de acordo com a lição de referidos doutrinadores, seria inaceitável, já que neste delito o concurso de agentes tão apenas facilita a subtração, ao passo que no roubo aumenta o risco para a integridade física da vítima. Assim, ambos os autores propõem uma leitura constitucional do direito penal, com fulcro nos princípios da proporcionalidade e da isonomia, a fim de que seja aplicada ao furto não a qualificadora do § 4º, IV, do art. 155 do Código Penal (dobrar a pena), mas sim, analogicamente, a causa de aumento do § 2º, II, do art. 157 do mesmo diploma (aumento de 1/3 até 1/2).<sup>53</sup>

Tal raciocínio não foi acolhido pelo Superior Tribunal de Justiça, que editou a Súmula 442, com o seguinte teor: “[é] inadmissível aplicar, no furto qualificado pelo concurso de agentes, a majorante do roubo”. O fundamento adotado pelo STJ foi o de que a falta de técnica do legislador (ao qualificar o furto e majorar o roubo) não autoriza ao Poder Judiciário a criar nova sanção penal, adentrando a seara que não é a sua (estabelecer penas em abstrato), sob pena de se afrontar o princípio da separação dos Poderes. Com efeito, a construção proposta acima – aplicar por analogia a causa de aumento prevista para o roubo – acabaria por negar vigência à norma específica estabelecida para o crime de furto.

---

<sup>53</sup> STRECK, Lenio Luiz. Parecer transcrito e adotado como razão de decidir na Apelação Criminal n.º 70000284455, da 5ª Cam.Crim. do TJRS, citado in BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 3, pp. 79-81.

### **5.8. Subtração de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior (art. 155, § 5º, do Código Penal)**

O § 5º do art. 155 prevê uma pena de 3 (três) a 8 (oito) anos de reclusão se o objeto material da subtração for “veículo automotor que venha a ser levado a outro Estado ou para o exterior”.

Esta qualificadora foi acrescentada pela Lei 9.426/1996 e, diferentemente daquelas previstas no § 4º, não se relaciona ao meio de execução da subtração, mas sim a um resultado posterior (condução ou transporte do veículo automotor a outro Estado ou país) que torna mais gravoso o crime em virtude da maior dificuldade de se recuperar o bem.

A definição de veículo automotor encontra-se no Anexo I da Lei 9.503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro): *veículo a motor de propulsão que circule por seus próprios meios e que serve para o transporte de pessoas e coisas ou para a tração de veículos*. Assim, abrange automóveis, motocicletas, caminhões, ônibus, tratores, lanchas, aeronaves etc. O veículo deve ser conduzido (isto é, guiado pelo furtador) ou transportado (levado de outra forma que não a condução, como uma lancha que é rebocada), não incidindo a qualificadora se o transporte for de peças do veículo (pneus, rodas, acessórios etc.), desmontado no mesmo Estado Federativo/país.

A qualificadora incidirá quando houver a transposição da fronteira do Estado ou do país. O legislador não se referiu expressamente ao Distrito Federal, mas pensamos que a Capital da República deve, também, ser incluída para qualificar o delito. Neste sentido Cleber Masson, para quem: “Não se trata de analogia in malam partem, mas de interpretação extensiva, possível em Direito Penal e autorizada, nesse caso, pela própria Constituição Federal, que confere ao Distrito Federal todas competências reservadas aos Estados (CF, art. 32, § 1º). Além disso, por uma questão de razoabilidade, o raciocínio não pode ser outro”.<sup>54</sup>

No mesmo trilhar Rogério Sanches Cunha, que aduz que: “[d]eve-se interpretar o dispositivo de acordo com o sentido pretendido pelo legislador, sendo certo que não foi

---

<sup>54</sup> MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado*, v. 2, p. 401.

sua pretensão excluir a Capital da República, já que tal entendimento poderia transformá-la em local de ‘desova’ de veículos subtraídos, ante a ausência de punição mais severa”.<sup>55</sup>

Aspecto intrigante é se pode haver tentativa desta modalidade qualificada de furto, quando, *v.g.*, o agente subtrair o veículo e for parado numa *blitz* policial antes de atravessar a fronteira, sendo preso em flagrante delito.

Pensamos que não.

Isto porque, nesta hipótese, identificamos o crime de furto simples consumado, já que o furto, em qualquer de suas espécies, consuma-se com a subtração da coisa, independentemente do resultado visado pelo agente. Noutras palavras, a finalidade almejada (levar o veículo a outro Estado ou país) tão apenas torna o fato mais grave (crime qualificado), mas não é necessária para a consumação, a qual já se operou num momento anterior.

Assim, impossível, a nosso ver, a tentativa de crime do art. 155, § 5º, do Código Penal.<sup>56</sup>

Importante notar que o legislador criou uma pena ainda mais alta para esta qualificadora (em comparação às anteriores), porém esqueceu-se de estabelecer a pena cumulativa de multa, sanção característica da grande maioria dos crimes patrimoniais em decorrência do raciocínio de retribuição (privar de parte de seu patrimônio aquele que atenta contra o patrimônio de outrem).

### **5.9. Subtração de semovente domesticável de produção (art. 155, § 6º, do Código Penal)**

A pena será de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos<sup>57</sup> se a subtração for de “semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes no local da subtração”. Trata-se de novidade trazida pela recente Lei 13.330, de 02.08.2016.

---

<sup>55</sup> CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal*, p. 287.

<sup>56</sup> Para Cleber Masson, seria possível a tentativa, objetivamente, quando o agente subtrai o veículo nas proximidades da divisa, é perseguido de imediato, transpõe a fronteira mas acaba preso sem ter alcançado a livre disponibilidade do bem. (*Op. cit.* p. 402). Pensamos que nesta hipótese o crime já estará consumado, na modalidade qualificada (já se transpassou a fronteira), porque, adotando-se a *teoria da amotio*, basta que a coisa subtraída (no caso o veículo) tenha passado ao poder do agente, ainda que por um curto espaço de tempo.

<sup>57</sup> Assim como ocorreu no § 5º, o legislador olvidou-se de prever pena de multa cumulativa para o § 6º.

A novel qualificadora não se refere nem aos meios de execução do furto (§ 4º), nem a um resultado mais gravoso (§ 5º), mas sim em razão do objeto material da subtração, qual seja o semovente domesticável de produção.

Semovente é o animal, que, para ser objeto desta qualificadora, precisa ser simultaneamente domesticável (excluindo-se, pois, o animal selvagem) e cuja criação é especificamente destinada à atividade lucrativa de produção. Os exemplos mais comuns são o gado bovino e o equino (figura criminosa comumente chamada de “abigeato”), mas também se poderia incluir aqui, por exemplo, o furto de aves criadas em granjas voltadas ao comércio.

A qualificadora, por disposição expressa, será aplicada tanto para aquele que subtrair o semovente vivo, como para aquele que primeiro o abater (ou até dividir em partes) e depois levá-lo do local da subtração para outro local.

#### **5.10. Concurso de duas ou mais qualificadoras**

É perfeitamente possível a coexistência de qualificadoras no furto, sendo comum, por exemplo, um furto ao mesmo tempo praticado em concurso de pessoas e escalada. Neste caso, uma das circunstâncias será utilizada para qualificar o delito (pena de 2 a 8 anos de reclusão) e a outra será considerada como circunstância judicial desfavorável do art. 59, *caput*, do Código Penal, a ser reconhecida, pois, na 1ª fase da dosimetria da pena.

Se presente a qualificadora do § 5º em conjunto com uma das qualificadoras do § 4º – por exemplo, o agente, mediante fraude, subtrai um veículo e o conduz até outro país – a circunstância do § 5º é a que será utilizada para qualificar o delito, por prever uma pena maior (reclusão de 3 a 8 anos), isto é, um maior grau de ataque ao mesmo bem jurídico-penal (patrimônio); de modo que a fraude, na hipótese dada – ou qualquer outra circunstância do § 4º –, será utilizada na apreciação do art. 59 do Código Penal.

O mesmo raciocínio – utilização da pena mais grave – deve ser utilizado se presente as qualificadoras dos §§ 4º e 6º, como no exemplo de uma subtração de gado bovino mediante rompimento de obstáculo (grades ou portões da propriedade). Neste caso, contudo, mais grave é a qualificadora do rompimento de obstáculo (§ 4º, com reclusão de dois a oito anos), a qual prevalecerá em relação ao abigeato (§ 6º, com



reclusão de 2 a 5 anos), o qual será apreciado com circunstância judicial desfavorável na primeira etapa da fixação da reprimenda.<sup>58-59</sup>

#### REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *O abigeato e a Lei 13.330/16*. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/o-abigeato-e-a-lei-no-13-33016-por-ricardo-antonio-andreucci/>>. Acesso em: 12.03.2017.

BATISTA, Weber Martins. *O furto e o roubo no direito e no processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Volume 3.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte especial*. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

DUTRA, Mário Hoepfner. *O furto e o roubo*. São Paulo: Max Limonad, 1965.

FRAGOSO, Christiano. *Código Penal comentado: doutrina e jurisprudência*. Mauricio Schaun Jalil e Vicente Greco Filho (coord.). Barueri: Manoel, 2016.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. São Paulo: José Bushatsky, 1958. Volume 1.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Dos crimes contra o patrimônio*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. Volume 9: Coleção Sinopses Jurídicas.

---

<sup>58</sup> É fato notório que, na prática, a grande maioria dos abigeatos ocorrem com rompimento de obstáculo ou concurso de agentes, de maneira que a pena estatuída pela novel qualificadora (acrescentada pela Lei 13.330/2016) será de incidência prática muito remota. Somente será aplicada em casos de subtrações de semoventes domesticáveis de produção sem que exista outras qualificadoras simultâneas. Exemplo: um agente, sozinho, abre os portões da propriedade da vítima e consegue subtrair alguns bois, levando-os até uma propriedade vizinha ou a um veículo de carga.

<sup>59</sup> Importante notar, entretanto, posicionamento contrário exposto por Ricardo Andreucci, para quem prevalece a qualificadora especial do § 6º em relação à do § 4º. *In verbis*: “no mais das vezes, o furto de gado não é praticado por um único agente, restando configurado o concurso de pessoas em praticamente todos os casos, além do corriqueiro rompimento de obstáculo, mediante o corte ou destruição de cercas e outros engenhos que impeçam ou dificultem a subtração da ‘res furtiva’. Nessas hipóteses, antes da nova lei, o fato acima apontado seria tipificado como furto qualificado, previsto no §4º do art. 155 do CP, punido com reclusão de 2 a 8 anos, sendo certo que, agora, com o novo tipo penal criado, previsto no §6º, **a pena passa a ser de reclusão de 2 a 5 anos, o que, a rigor, representa tratamento legislativo mais favorável ao ladravaz**. Isso ocorre porque o desconhecimento do legislador acerca da realidade criminal do País e o anseio de atender às pressões de ruralistas e produtores de gado, culminou com uma lei que, na prática, será mais benéfica ao criminoso” – grifamos (ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *O abigeato e a Lei 13.330/16*).

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*. 13. ed. Niterói: Impetus, 2016. Volume 2.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro, 1958. Volume 7.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte especial*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. Volume 2.

MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado – parte especial*. 9. ed. São Paulo: Método, 2016. Volume 2.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Código Penal interpretado*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2015,

NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito penal, parte especial*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. Volume 2.

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito penal: parte especial, doutrina e jurisprudência*. 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2017.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de direito penal brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.